

ドイツ法律家新聞におけるゾームとHECKの 「概念法学」に関する3つの小論文

高 須 則 行

訳者まえがき

ここに訳出するのは、ドイツ法律家新聞 [Deutsche Juristen-Zeitung] においてルドルフ・ゾーム [Rudolf Sohm] とフィリップ・HECK [Phirip Heck] が「概念法学」について論じている3つ小論文である。ここでは、発表順に、Rudolph Sohm, “Über Begriffsjurisprudenz” in der Deutsche Juristen-Zeitung 1909 Nr14, Sp. 1019-1024 を第1小論文として、Philipp Heck, “Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?” in der Deutsche Juristen-Zeitung 1909 Nr24, Sp. 1457-1461. を第2小論文として、Rudolph Sohm, “Begriffsjurisprudenz” in der Deutsche Juristen-Zeitung 1910 Nr2, Sp. 114-118 を第3小論文として訳出した。

訳文中、ローマ法に関する部分の翻訳にあたっては、“The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitutions of Leo. By S.P. Scott” (1973), “Corpus Iuris Civilis Text und Übersetzung I~IV Herausgegeben von Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler” (C.F. Müller Verlag Heidelberg · 1996~2005), 船田享二『ローマ法』第1巻~第5巻 (岩波書店 · 1983年), 柴田光蔵『法律ラテン語辞典』(日本評論社 · 1985年) の他, 古いドイツ法学の概念の翻訳に関しては、藤井

信吉編集『独和法律新辞典』(有斐閣書房 · 1912年) などを適宜有効に利用させていただいた。

凡 例

- * 本文中イタリックのものには傍点を付した。
- * 訳文中, () は原著者が付したものの, [] は訳者が付したものの, [] は原語を示したものである。
- * 原文の注は頁ごとの脚注だが, 訳文では小論文の末尾に付した。

第1小論文 ルドルフ・ゾーム「概念法学について」ドイツ法律家新聞 1909 Nr. 14 Sp. 1019-1024

ドイツへのローマ法の継受の歴史にいくぶん詳しく取り組んだ者は、非常に重大な部分において、法の重要な根本的変動が、以下の実践的必要性によって促進されていたことを知っている。すなわち、その実践的必要性とは、一方で、一様な、共通の、ドイツ全体で通用する法を、他方では、文書化された確実な法を求めたものであった。固有のドイツ法をたくさんの小さな、そして極めて小さな地方特別法 [Partikularrecht] —— それらの内容が多くの場合とても不明確であり、その上さらにそれらの通用域以外では知られていなかった —— に解体することは、ドイツ法の衰退に至った。とりわけ、文書化されていないドイツの地方特別法は、消滅

した。文書化された、〔つまり〕都市法、ラント法に書き留められたドイツ法だけが存続した。そして文書化された外国法はドイツの普通法になった。生じつつある貨幣経済での取引きは、統一的な法と確実な法を求めたのである。

この事実によってドイツの裁判の性質が規定された。フランスとイギリスの裁判は中世の王室裁判所の権力と結び付き、そしてそれに関連して、現行法に対するある程度の独立性を保持した。それに対して、ドイツの裁判は、純粋な官僚裁判〔*Beamtenrechtssprechung*〕になった。人々は、確実な、文書化された法と、それゆえに文書化された法に拘束されている学識裁判官を望んだ。学識裁判官は、法を作るために存在するのではない。彼は、法に関する自らの学問的知識に基づき現行法を適用するために存在する。我々の裁判は学問的に規定された裁判となった。そして、我々の裁判はそうであるべきだろう。まさにそれは、裁判が予め計算可能な、取引きを保護し、取引きに確固たる基盤を与える、安定した、確実な裁判であるために、ドイツの裁判に求められたものであった。学問的に拘束された裁判は、客観的な裁判、〔すなわち〕所与の法の適用と合致するのである。

以上のことは今日まで変わってはいない。我々には学識裁判官がいるし、そして学識裁判官がいることを望んでいる。というのは、学識裁判官がそして彼だけが、誰彼の別なく、客観的に作用している正義の担い手だからである。最近、メンデルスゾーン・バルトルディ〔*Mendelssohn Bartholdy*〕が、イギリス型の「王室」裁判官を実態通りにたいへん分かりやすく描いているが、その「王室」裁判官に対して我々は我慢がならないであろう。真のドイツの責任感とは名誉、名声、影響力であり、その責任感を備えているドイツの官僚裁判官を我々は望むのである。彼の責任感、彼に所与の法を守るよう命ずる。そして、我々の裁判官職とのこの結び付きは、我々にとって、我々の自由の保障と同様に正義の保障でもある。

我々の裁判の学問的な性質と必然的に結び付くのが、概念法学〔*Begriffsjurisprudenz*〕、あるいは構成法学〔*konstruktive Jurisprudenz*〕と名づけられたものである。

概念法学は、我々の学問と我々の実務においてある役割を演じている。

ドイツ法学は、中世のスコラ学派の後継者として概念法学を受け継いだ。しかし「スコラ的なもの」のすべてが悪いものではない。スコラ学派は、我々にとって思考の力強い学校であった。その規律の中で我々の法律的思想もまた優れたものとなったのである。

我々は、法律的概念で思考し、そして〔それで〕語る。なぜか？ なんのためか？ だからと言って、これらの概念が法的世界を統治しているわけではない。この考えを概念法学のせいにするのは、概念法学を知らない者だけである。我々は、法律的概念を単なる叙述の形式〔*Form der Darstellung*〕（それはずっと前から我々の教科書において推察され得る）として、そしてそれに関連して、とりわけ直接的にはまだ規律されていない事件のためにも我々の法の操作を容易にする手段として用いるのである。法律概念によって我々は、途方もなく膨大な素材を上手に処理するのである。我々は法規を一つ一つ並べ上げて数えることはない。それはいかにして可能なのだろうか！ 我々は法規を法概念の中に押し込むのである。どの法概念も我々に数えきれないほど多くの法規を教えるのである。多数の法規は、比較的わずかな簡潔な定式〔*Formeln*〕で言い表される。そしてこれらの定式は、ある基本的思想によって支配される一つの体系に集められる。混沌から秩序が、入り乱れた多数から素晴らしい芸術作品が、つまり、法の魔法の宮殿が生まれるのである。法概念の体系は、法内容全体を理性的に支配することと同時に、それに関連して歴史的発展の重要な繋がりも我々に与えるのである。確定した基本概念は、数百年間、数千年間にわたって展開していく。我々はその概念を手がかりに、変

わるものと変わらないものを理解する。しかしさらにそれ以上のものがある。我々が法的生活の個々の現象をある種の概念のもとに整序したと同時に、その概念とともに与えられた法規の全数量が、この個々の具体的事件のために明らかになるのである。概念法学は、我々が実定法の欠缺をどのように補充するのかの示唆を我々に与えるのである。

我々が法律的思考と呼ぶもの、それは、法規の中で生き続けている概念を把握することによって法規の世界を意のままにすること、そしてこれらの概念から、あらゆる事件のために、直接的には法律に規律されていない事件のためにも法を創造することである。そのような法律的思考なしに、我々の学問が存在することは決してあり得ない。概念法学と法学は、相互に分かちがたいものである。ドイツの概念法学の力は、ドイツの法史的研究と結び付いて、他のすべての民族の法学よりも我々の法学の優位性を根拠づけたのである。

確かに、その際に忘れられてはならないことが一つある。それは古い命題、すなわち、「原理から法は得られないが、存在するところの法から原理は生まれる。[Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat.]」という命題である。原理、つまり豊かな内容をもつ簡潔な定式の定立とともに、ローマの法学の上昇的発展が始まったのである。しかしもちろん、原理は法[Recht]ではない。原理は、それ自体として叙述の形式であるが、法律[Gesetz]ではない。定式を個別の事件へ適用するあらゆる場合に、存在するところの法[*das jus quod est*]が検証されなければならない。存在するところの法が優先する。この個別の事件それ自体に相応しいものが、法である。まさにそのことは我々の法概念にとっても当てはまる。法概念は、法ではなく、むしろ伝承されたその内容に関する定式にすぎない。法概念は、過ぎ去った時代の学説から由来するのであって、存在するところの法からではない。法概念は、存在す

るところの法を拠り所にして、絶え間なく修正されなければならない。存在するところの法は、実践的に必要な法、[つまり]ひょっとしたらまだ認識されていないけれども、法的生活においてその実現が求められる法である。それは、個別の事件の利益状況[*Interessenlage*]が、正義を拠り所にして申し立てるところの諸要求を通して、我々に語りかけるものである。ここには、日々、新たな法が生まれる神秘的な暗闇[*Dunkel*]が存在する。概念法学は、我々の法学の唯一の内容では決してあり得ない。概念法学は、我々の学問が実際に「神と人間の事柄の」学問、「正なるものと不正なるものの」学問であるために、すべての法がそこから生まれ、すべての法がそれとともに自己変化し、それゆえに、生成する法の内容を規定するところの実践的利益の認識と結びつかなければならない。それはまたとうの昔から、そして繰り返し言われたことである。しかしながら、それが繰り返し言われているならば、それなりの取り柄がある。その点に、「利益法学」を支持する、我々の「社会学的」法律家の論難書の中に真理の粒[Korn]がある。

しかし、我々の法学は、裸の「利益法学」、「取引き」ないし心理学的な事象に関する裸の学問になることは決してないだろう。第一のものは、概念法学であるし、また概念法学であり続ける。概念法学だけが、所与の法を自らのものにし、その内容全体を一瞥して見通す能力を我々に与えるのである。そればかりではなく、概念法学だけが、法規の世界を、現代の正義が求める内容へと動かす能力を我々に与えるのである。法概念によって法規を支配する者だけに法規は服従するのである。法概念に習熟している者だけが、過去の法規から現代の生き生きとした法を生み出すことができる。存在するところの法には進展が必要とされるが、その進展が確実に成し遂げられ得るのは、利益状況によって求められる新たな法が、概念法学に基づいて、すでに古い法の中で蓄のように含まれているものとし

て、すなわち、古い法の通常の展開、その継続的發展として証明される場合だけである。利益状況の裸の衡量は、客観的に根拠づけられた裁決を決して与えることはない。概念法学との結び付きにおいてのみ、実践的衡量は、「我々と共に生まれる」法（存在するところの法）の表現として、同時に客観的に与えられ、伝承された法の適用として明らかになるところの判決に到達することができる。新たな法は、古い法の翼のもとで生じる。そうでなければならない。そして、そうであるということが、概念法学によって保証されるのである。

概念法学は、法律家を作り出す第一のものである。そのために我々の法律学の教科書は、まず初めに、概念法学的でなければならない。とりわけ、我々の大学での講義もまた「概念法学的でなければならない」。その講義は、ともかく、わずかな学期で法学的教養の端緒だけを教えることができる。概念と共に同時に必ず現れるのが、概念の内容を規定する重要な実践的思想である。しかし、実生活の、[また]「正しいものと正しくないもの」の完全なる洞察力は、実生活自体において初めて獲得されなければならないし、また獲得されることができる。

我々の法学が、まず初めに、概念法学であるならば、我々の裁判もまた、[つまり]学識裁判官の裁判も、概念法学によって規定されなければならない。概念法学、そして概念法学だけが、学問と同様に裁判官にも、数えきれないほど多くの法律の中に蓄積された素材を理性的に支配することを伝える。彼は、法律の諸巻を容易に使いこなす。それらは、彼にとって羽のように軽いものである。彼は、それらの内容を制御する思想を自由に使用する。

概念法学に基づいて教育された学識のある、我々の裁判官職の能力は、ドイツ民法典がそのすべての他の付属法律とともに施行された時代よりも輝かしいことが一度も証明されてはいない。すこしの動揺もなく、そればかりか努力の痕跡すらなく、途方もない新たな法律素材が、

ドイツの実務によって受け入れられ、またあたかもそれがずっと前からドイツの実務に熟知されていたかのように取り扱われた。それを成し遂げた力は、ドイツの概念法学によってドイツの裁判官職に与えられたのである。我々の「スコラ主義的」法律学の実践的価値の軽視されないあかし。

もちろん、巧くいかなかった百や千の裁決から二・三ダースをかき集めることは簡単である。これは我々の実務の価値についての判断を基礎づけるには程遠い。帝国裁判所判決もまた見当はずれであり得ることを、誰もが知っている。しかし、これらの事件を前面に押し出し、また帝国裁判所が我々の法の健全な継続的發展へと導いたことを効果的に切り開いたさらに多くの事件について、何も語らないことは許されない。

言うまでもなく、まさに実務において、概念法学が、すでに上記で話題としたところの制御なしに、存続することはあってはならない。まさに実務において、存在するところの法が何度も問題となる。そればかりか、我々の実務もまた繰り返しこの事実を思い出すことは良いことかもしれない。しかしまさに実務において、存在するところの法が、裸の「利益衡量」から生み出されてはならない。判決が客観的な法の適用であるためには、過ぎ去った時代の法との繋がりが維持され続けなければならない。「社会的に」正しい法が獲得されるのは、「自然科学」あるいは「取引」からではなく、むしろ、概念法学が我々に所与の法の内容に関して伝えるところの支配だけからである。古い法において、正しく認識するならば、生成する新たな法の道もまた開かれている。我々の裁判による我々の法の継続的發展の持続性と我々の法を健全と思うところの法の適用による、気づかれず、隠された、それでも必要な法の変化を我々の学識裁判官に可能とさせるのは、概念法学だけである。

「文献学的」方法で、法律の文言が我々の裁判官によって解釈され、そして獲得された内容が法概念の中で把握されるが、その方法を嘲笑

することは、軽率であるのと同様に無根拠でもある。まさにそうであるにちがいない！ 事実
に即した正義が、個別の事件にとって十分に注
視されなければならないが、それでも法律の詳
細な文言は適用されなければならない、〔つま
り〕法律から存在するところの法が獲得されな
なければならない。そのようなすべての「文献学」
に現われるのが、我々のドイツの裁判官の厳格
な責任感、彼の職業に対する彼の有能さ、現行
の文書化された法への彼の内在的拘束性である。
正義と「文献学的」概念法学は相互に対立
関係にはない。概念法学は正義によって求めら
れている。古い法から、〔すなわち〕客観的に
与えられた法から存在するところの法が発展さ
れるべきであり、またそうでなければならない。

概念法学の中に我々の学問と同様に我々の実
務の肝要な力が存在している。概念法学を罵る
者は、概念法学を理解していない者である。

第2小論文 フィリップ・ヘック「我々が戦 う概念法学とは何か？」ドイツ法律家新聞 1909 Nr. 24 Sp. 1457-1461

I ゾーム [Sohm] の本誌 S. 1019 とフィア
ハウス [Vierhaus] の本誌 S. 1169 の二つの論
文は、自由法学派の極端な要求に対して正当な
異議を唱えた。しかし、「概念法学 [Begriffs-
jurisprudenz]」を擁護する際には、誤解がある
ように思われる。ゾームとフィアハウスがこの
名称の下でその言葉の意味に従って擁護するの
は、「概念をもって作業する」法律学である。
しかし、実際その合成語は、学問的議論におい
て、はるかに狭い技術的意味を持っている。そ
れが表しているのは、特別な、かなり明確な輪
郭をもった法的取り扱いの仕方である。そして、
自由法学派が、しかし特にフックス [Fuchs] が、
論争の際に、その言葉をまさにこの比較的狭い
意味で、〔つまり〕技術の意味で用いているこ
とには疑いがない。おそらく、この見解の相違
の結果として、ゾームとフィアハウスは、殊更
に非難された傾向の正当化とその傾向に対して

唱えられた異議を、それら二つがこの傾向と密
接な関係があるにもかかわらず、検討しなかつ
た。私の考えでは、論争問題の極めて重要な部
分が論評されないままである。技術的概念法学
[technischen Begriffsjurisprudenz] の反対者は、
自由法学派の支持者よりもはるかに数が多く、
そして、この学派とは同一視され得ない。〔両
者を〕区別することは、私自身が属し¹⁾、狭い
意味での利益法学 [Interessenjurisprudenz] と
名づけられるグループにとっても必要である。
なぜならば、そのグループは、利益研究 [Inter-
essenforschung] と利益衡量 [Interessenabwä-
gung] をとりわけ強調するからである。技術
的概念法学への反対は、法律的概念法学 [die
gesetzliche Begriffsjurisprudenz] に対する異議、
あるいは裁判官の現に存在する法律への拘束に
対する異議を未だ前提とはしていない。そして
なおのこと、学問的概念形成に対する異議も〔そ
うである〕。概念なしに思考はあり得ない。法
学もまた当然に概念を形成することになっている。
もっとも、「命令概念」(法規、その属
[Gruppen] と部分 [Teilen] の表象)のみならず、
「利益側面の概念」(法律目的の表象、利益状況
とその価値判断の表象)もまた〔形成すること
になっている〕。自由法学派の代表者たちが、
技術的概念法学に対する論争に限定せず、むしろ
多くのこと、たとえば裁判官の力の拡大を求
め、そしてただ全く散発的ではあるが、学問的
概念形成の制限を望む場合、付け加わっている
諸要求が重要であって、それは技術的概念法学
の評価にとっては脇に置くことができるもので
ある。

II さて、我々が異議を唱える技術的概念法
学は何と理解されるのか？ 我々は、それを、
諸法規の統合によって実際に成立した一般的命
令概念をそれらの基礎として取り扱う法律学の
傾向と理解する²⁾。この傾向は、その反対者か
らは「構成的」あるいは「スコラ主義的」法律
学 [„konstruktive“ oder „scholastische“ Juris-
prudenz] とし、その支持者からは時折「高次の」

法律学[„höhere“ Jurisprudenz]とも名づけられる。それは、ことによると極めて明確に転倒法[Inversionsverfahren]と呼ばれるかもしれない。というのは、その傾向の場合、法規と〔それを〕統合している命令概念との間の実際的關係は逆転されているからである。転倒が行われている。役割の取り換えは、まさにズームによって非常に分かりやすく叙述されている³⁾。命令概念、たとえば所有権の概念は、ズームによれば、実際に実定的な法規から統合によって獲得される。しかし、ズームが言うように、「学問は、所有権の概念から、引渡しの概念等々から個々の実定的な法規を導き出す。学問が予めかの概念の中に入れたところの同じ法規を〔導き出す〕」。学問は、「あたかもそれがかの法規をある一般的な原理から自由に取り出したかのように」振舞うのである。〔それに〕合致する仕方により個別な命令概念は、一層一般的な命令概念から導き出される。その結果、「法の大部分全体が唯一の概念、〔つまり〕法の概念の自由なる展開として生き生きと描写されることになる」うちに、体系全体は、論理的に演繹的な特徴を獲得する。「その場合、素材は見えなくなってしまう。そして思想は、勝利者として自らの地位を維持したのである」。裁判にとって転倒は、次のような仕方で行われる。すなわち、人が、疑わしい問題の場合に、現に存在している法規をある概念に統合し、この概念を詳細に定式化し（構成）、そしてその後に定式化から裁決を導き出すという仕方である（構成による法発見、定式利用）。

III 概念と法規のこの転換は、法規を実際に産出するところの、学問によって獲得された命令概念が、法規以前にそこに存在するという認識—理論的見解に基づく。今日では、この古い基礎が意識的に擁護されることはほとんどない。たいていは、そしてズームによっても、法規が考察の第一次的な資料であり、学問的命令概念は統合されたものであることが認められている。しかし、古い方法はまた、この認識に従っ

て、さらに繰り返し維持されており、そして今では技術的な、技芸的な、理念的な、あるいは演繹的な必要性によって取り扱いの、あるいは叙述の形式として正当化されている。それによって転倒法は、たとえいくつかの衰退した段階があったとしても、今日まで維持されている。ズームは、転倒を法発見の手段としては斥ける。彼は、転倒を単なる叙述の形式として用いる。そしてもし彼がこの形式を学問的叙述の単なる一般的に行われている形式として叙述するならば、それは確かに大げさすぎる。技術的概念法学の原理的な主張者は、今日、法学教師の中では比較的珍しくなっている。しかし、我々は、至る所で、この傾向の広範囲な影響に出会う。ズームが転倒を学問的叙述の一般的な形式と叙述したように、フィアハウスは、同じ基礎に基づく構成による法発見を、法の適用の通常の、今まで一般的に行われている方法として叙述する。

IV 転倒法は、その形式の点では論理的に正当化され得ない。そしてそれにとって有利な結果になるように持ち出された根拠は、確固たるものではない。素材の支配は、すでに概念の形成とその秩序によって達成されている。転倒は、そのために必要なものではない。同じことが法の理論についても当てはまる。現代の学問の中で転倒をなお用いているものは、何一つとしてない。現代の学問は、この方法をとった昔に捨て去ったが、その素材を支配する、あるいは伝承する点で困難であるとは感じていなかった。確かに、構成による法律の欠缺の補充は、この方法が許されるとするならば、実務にとって非常に重要であるだろう。しかしまさに、転倒のこの使用は、断固として拒否されなければならない。人は、自己欺瞞なしに統合から新たな法内容を獲得することはできない。法の欠缺の正しい補充は、第一に、ズームもまた認めたように⁴⁾、目的概念の形成、実定的法規から取り出され、また利益衡量的場合に用いられる⁵⁾ 価値判断の形成によって行われる。

V 司法にとって純粋な概念法学の欠点は、その影響範囲において、どの程度、転倒が用いられるかに掛かっている。その欠点は、転倒が法の発見のために利用されるならば、ことのほか大きいし、また直接的である。その場合、法律目的とそれ故に生活上の利益を満たさない判決がたちどころに生ずる。しかしその欠点は、転倒が、ゾームの場合のように、叙述の形式に限ったとしても、大きい。

1. 技術的概念法学は、法と生活上の利益との関係を覆い隠す。法は、生活上の利益に仕え、人間の利益相互を考慮し、そしてそれらを画定づけるためだけに存在する。法規と利益状況との関係の研究、〔すなわち〕利益研究⁶⁾は、法学の主たる任務である。法規の「利益内容」が認識されず、また叙述されないならば、認識され、あるいは叙述される法規は、一つも存在しない。転倒方法はこの任務を成し遂げることができない。法規を命令概念の論理的帰結として把握する、あるいは叙述する者は、同時に、法規を必要なものの衡量の結果として叙述することはできない。転倒方法は、法規と生活上の利益の間の、実際に存在する、極めて重要な関係を、実際の関係が見えなくしてしまうほどに、他の関係、〔すなわち〕単なる見せかけだけの論理的な関係と取り換える。ゾームによれば「素材」は法の叙述によって「思想」の前では見えなくなるとされるが、そうは言っても、それは、法の利益側面、〔つまり〕法規と生活上の必要なものとのこの関係に全くほかならない。

2. 技術的概念法学は、定式化問題の誇張と認識問題としてその〔定式化問題の〕取扱いを引き起こす。命令概念の体系と定義は、実際に、方向づけと叙述の単なる補助手段であって、そして第一次的認識の対象ではない。分類化問題と定義問題は、第二次的な秩序づけの任務である。その〔定式化問題の〕取扱いの際には、広範囲に及ぶ自由とたいていは様々な、等しく正しい解決の可能性が存在する⁷⁾。転倒法の目印は、それが定式化の産出物、〔つまり〕命令概

念を第一次的認識の対象とみなす点にある（関係の逆転）。ところで、この取り違えは、前提問題ならびに補助問題と、その成果を体系の中に受容することを追求する個別的研究へと蔓延しているにちがいない。定式化問題と認識問題は、繰り返し取り違えられる。定式化の熱意と定式化の争いの過剰〔Superfluum〕は、利益研究の欠落に合致する。

3. 技術的概念法学は、概念と定義の支配をもたらす（定式の危険）。その支配は、構成が法の発見のために用いられるやいなや、容易に引き起される。しかし支配は、転倒が叙述の形式に限定される場合にも、避けられない。もちろんゾームによれば、概念が支配的であると取り扱われるのは、見せかけにすぎない。しかし見せかけは、真実になる傾向がある。命令概念を法規の淵源として取り扱うことに慣れている者は、常に継受された、あるいは構成された定式の内容が法規の解釈や補充の際に、彼に影響を及ぼすという危険にさらされている。

VI 技術的概念法学の全体的影響は、法律学の生活からの離反である。そしてそれが、今日、特別裁判所と自由法運動を勢いづかせた。ドイツ法律学への攻撃は、様々な面で正しくなく、そして度を越してはいるが、残念ながら広い範囲で正当でもある。フックスが異議を唱える判決は、相当な部分で実際に正しいものではなく、個々の逸脱によってではなく、誤った方法の結果としてのみ説明することができる。転倒法において我々は主たる責任者に直面している。そして極めて重要な除去対策は、我々が転倒法をすべての形式において、そしてすべての結果に関して根本的にそして完全に捨て去ることではない。より正確には、まさに教科書と講義にとって〔そうしなければならない〕。方法論的教育は大学で行われるべきである。我々が若い法律家に最初から、そして常に法と生活上の利益との関係を注意させ、そして他方で、彼においてこの関係を覆い隠すであろうかの叙述を極めて入念に避ける場合にのみ、その

場合だけが、我々は実務において生活上の利益に適合する法律家を教育することになるのである。

- 1) Vgl. meine Habilitationsschrift „Das Recht der großen Haverei 1889“ und die Zitate 1905 S. 1140 d. Bl.
- 2) 適切な叙述は、Jhering, Geist d.r.R. II § 41 (高次の法律学) と Kohler, Gruchots Beitr. XIII S. 1ff (弱められている) で為されている。Zur Kritik vgl. M. Rümelin, Rektoratsrede über Windscheid 1907 und L. Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, Berlin 1907. Kap. V „Die Begriffsjurisprudenz“ S. 72-100.
- 3) Institutionen § 8 a.E.
- 4) Institutionen § 8a.A. ゴームの見解は記念論文の論説ではほとんど明確には表れてはいない。なぜならば、ゴームは命令概念と目的概念を分けてはいないからである。
- 5) 私はこの二つの仕方を Ztschr. f. HR. 37, S. 278 で、「構成による欠缺補充」と法律上の価値判断による「利益の検査とその立法上の価値の考量による欠缺補充」として相互に対比させた。シュタンペ [Stampe] は専門用語を部分的に受け容れたが、法律上の価値判断の確認と転用を取り消した (DJZ. 1905, S. 417, 713)。それによってその表現は多義的になった。
- 6) Vgl. die Skizze der „Interessenverbindungen“. Große Haverei S. 565.
- 7) Vgl. Große Haverei S. 527. Ztschr. Für HR. 37, S. 277.

第3小論文 ルドルフ・ゴーム「概念法学」 ドイツ法律家新聞 1910 Nr. 2 Sp. 114-118.

教授であるヘック [Heck] 博士が本誌 1909 年 S. 1457 以下で論難した概念法学について発表した論説は、ライプチヒ大学のための本誌記念号での (S. 1019ff.) 私の論説に若干の補充的コメントを付け加えるという、うってつけの機会を私に与えてくれた。

ヘックの「利益法学」と私が主張する「概念法学」の間に存在する対立の基準を決定するこ

とが重要である。ヘック自身は、自らの攻撃を、とりわけ私が書いた『法学提要 [Institutionen]』に向けている。私の拙書を考えに入れて、根本的な対立がそもそも存在しているのか、そしてどの程度存在しているのかをはっきりさせることを許されたい。

ヘックは「自由法学派」の支持者と主張してはいないが、それでも「技術的概念法学」の反対者と主張している。技術的概念法学の根本的な害悪は、ヘックからすれば、「転倒法 [Inversionsverfahren]」である。そして転倒法とは、「諸法規の統合によって実際に成立した一般的命令概念をそれらの基礎として取り扱う」ものである。転倒法によって「法規と統合された命令概念との間の実際の関係は逆転されている」とする。

人が、この言葉を読み取るならば、「技術的概念法学」は、中世のスコラ学派の仕方に従って、法概念を法規の基礎として考察していると思うにちがいない。それが仮に本当であるとするならば、我々の概念法学は、確かに、当然に「スコラ主義的」法律学 [scholastische Jurisprudenz] と名づけられるであろう。しかし実際は、それとは正反対である！ 実際に概念から法規を導き出す者など誰もいない。我々はすべて歴史法学という土台の上に立っている。我々すべてにとって法規は、歴史的事実、〔すなわち、〕実際の要求の産出物である。私の『法学提要』(第8節)においても、かなり前から次のように書いている。すなわち、法規の解釈は「目的契機」、すなわち、法規の基礎にある「実践的理念」に従って行われなければならない、つまり、もしそう表現したいのなら、「利益衡量」が法規の内容を決定する、と。概念を発展させる仕方は、単なる学問的な「叙述の形式 [Form der Darstellung]」である。それは、法規の内容を規定せずに、むしろただその内容を把握し、〔それを〕理性的に支配するのに役に立つことになっている。そのことを私は既に私の『法学提要』初版 (1883) で詳しく述べた。ヘッ

ク自身、そのことを承認している(S. 1459)。「すなわち、」「ゾームは、転倒を法発見の手段としては斥けている。彼は転倒を単なる叙述の形式として用いようとしている」と。それでは、どこに根本的な対立が存在するのか？

その対立は、「法の発見」(我々の実定法の内容の規定)の仕方には関係がないのだから、法の適用の仕方にも関係がない。概念を発展させる根拠だけから法を適用することは全面的に斥けられる。そればかりか、目的衡量は、「最終的にあらゆる条項がそれに服するところの」力であり(『法学提要』13版34頁)、また、我々の法の適用が日々そして絶え間なく法の変更の淵源にする力でもある。それゆえに、たとえ法律が古くなったとしても、我々の法は永遠に新しいままである(『法学提要』13版34頁)。法律に反する判決がまさに正しいものであり、それゆえに勝利を収めて法として自己主張する(法を変更する)判決であるところの緊急事態が存在する。人はポーシャ [Porzia] と彼女がそれによって「ヴェニスの古い法律」を覆したところの判決主文を思い浮かべることさえ必要ない。我々にはごく最近の時代からの例がある。帝国裁判所は既に新しい商法典の前に「甜菜糖株式会社 [Rübenaktiengesellschaften]」(形式的には法律に反していることには疑いないが、それでも法の精神には準拠している)に与えた法的保護がその例である。そして、我々概念理論家に関しては、私はむしろ、私が地上権そのもののために(たとえ乱暴な解釈を以てしてであるとしても)、生活が要求する¹⁾法規の効力を教えることを思い出したいと思う。自由法学派によって主張された思想から見て、正しいものもまた、とっくに承認され、そして取り扱われている。我々の実務と我々の学説は、我々の民族の生活に仕えるものであり、何かある味気ない理論に仕えるものではない。個々の点における誤りは、「利益法学者」の場合にも、「概念法学者」の場合にも同じ様に行われ得る。そうだとすると、根本的対立はどこにあるのか？

その対立は「叙述の形式」だけに関わっている。単なる形式的な「転倒」、叙述の概念の発展的仕方にも、ヘックによれば、「重大な不都合」が備わっている、とする(S. 1460)。なぜか？法学の主たる任務は、「利益研究」、法が仕える利益の研究にあるとされる。それ故に、法規は「必要なものの比較衡量の結果として叙述される」という。なぜならば、そうでなければ、法の適用に関しても概念の「支配」の危険が、「法学の生活からの離反」の危険が引き起こされるからであるとされる(S. 1461)。まさにそれ故に教科書と講義にとっても、「転倒法」は(単なる叙述の形式として与えられる法規の概念への還元でも)「根本的に、また完全に捨て去らなければならない」とする(S. 1461)。

それによって人は次のことを思うであろう。すなわち、叙述の学問的仕方はそもそも概念と関わってはならないということ、それは法規だけを与えなければならないということ、そして法規を産出した実践的必要を「与えなければならないということ」、を。つまり、叙述の形式においても、あらゆる法規はそれ自体として(その実践的根拠を備えている各々の法規)、形式的な統合なしに産出されるにちがいないだろう、と。というのも、そうでなければ、概念はその「支配」を始めてしまうからであり、「生活からの離反」が生じてしまうからである、とされる。我々の教科書は、例えば、法典から離れて外観を獲得しなければならない、とされる(他のものによる要請!)。そして、あらゆる条項に対して「生活」からの説明を!

しかし、ヘックはまた、法学は認識の秩序づけられた全体を提供しなければならないという見解を持っている。秩序は、つねに思想の支配、つまり、「生活からの離反」を前提とする。ヘックもまた、「素材の支配」にとって「概念の形成とその秩序」は本質的なものであることを認める(S. 1459)。要するに、なんと言っても、またもや概念なのだ! そして、概念は「素材の支配」に仕える。すなわち、概念が、再び支

配する。すると、どのような種類の概念なのか？

ヘックによれば (S. 1458), 「命令概念」のみならず, 「利益側面の概念」(法律の目的の表象, 利益状況の表象) もまた形成され得る。この点に関しても, 根本的対立は存在しない。法を空中に浮かんでいる, ある特定の時代とある特定の民族の間で産出されない対象として取り扱うことを考える者など誰もいない。あらゆるところで, 私の法学提要でも, 法的制度がその淵源を負っている実践的な関係が語られている。ただこの実践的視点は, 単なる叙述の基盤であって, 体系的に指導する思想を叙述してはいないのである。

ヘックが主張しようとする対立は, 体系性を断念する点にはあり得ない。彼もまた, もちろん秩序を望むし, そればかりか, 彼もまた概念の支配を望む! では, 対立はどこにあるのか? 私の見解によれば, ヘックは以下のこと以外に理解されないであろう。すなわち, ヘックは我々の法律的な, 第一に形式的な概念の代わりに, 実践的な概念, つまり例えば財産権の領域においては国民経済学的概念, 体系にとっての「利益側面の概念」を基礎的なものにしようとする, と。つまり, 叙述の形式は, 法規, 例えば財産権を国民経済学的考察の中に組み込むという形式でなければならないだろう。「利益側面の概念」は, ヘックによれば, 体系的に指導的なものでなければならないだろう。

しかし, 「利益側面」, 単なる実践的 (国民経済学的) 考察は, 我々に到達されるべき目標だけを説き明かす。法秩序は, 本質的に, それがある特定の目標を決められた形式で成し遂げるものである。国民経済学的理念は, 例えば, 「財産の移転 [Vermögensschiebung]」の概念である。しかし, 法規は, 「財産の移転」が行われるところの形式にすべて結びつく。国民経済学的表象は, さらになお, 目的財産の創設という理念である。しかし法理論にとって重要なのは, 法がこの同じ一つの目的を達成するために, 様々な形式を提供することである。権利能力を有す

る社団の創設の形式 (再び色々な形式で), 法的意味における財団の創設の形式, 信託上の財産の創設の形式 (古い法はさらに他の形式を持っていた)。国民経済学的表象は, 最後に, 他方の者に対する一方の者の給付義務 (責任義務 [Schulduerpflichtung]) の理念である。しかし法秩序の内部ではこの理念が, 歴史的に全く様々な形式で現実化されていた。そして現代の債務関係を提示する法形式に精通することが重要である。

そうだとすると, 法学の「主たる任務」はどうして「利益研究」であるのだろうか?! むしろ「実践的に必要なもの」の考察は, 決して法規の学問的理解にとって最終的に重要なものではない。法的なものを把握するためには, 第一に, 実践的に必要なものが満たされるところの形式が叙述されなければならない。それはもっぱら, 形式的なものに向けられた我々の法律学的概念 (ヘックの「命令概念」) によって行われる。そして形式的な概念形成のこの優位性によって, まさに法学は国民経済学から区別される。二つの学問の間には相互補完の関係がある。あらゆる法律家は, 国民経済学的教養にも自らの関心を持たなければならない。しかし, まず最初に実践的目標に向けられる国民経済学的概念は, 我々の学問において主導権を握ることは決してあり得ない。

もちろん, 単なる概念分割行為 [Begriffsspalterei], 真空における概念法学は無意味である。しかし, 一方で, 我々に特定の法規の適用領域を厳密に限定する概念法学 (例えば, 財産権の概念), 他方で, 我々を限りのない多数の法規を唯一の分かりやすい命題によって支配することができる状態にする概念法学 (例えば, 処分行為の理論の領域において), 最後に, 我々を数百年, 数千年の法の発展における変わらないものと変わりうるものを一瞥で見通す能力を与える概念法学, そのような概念法学無しで, 我々はやっていくことはできない。しかし, この概念法学は, 本来的に法律学的, すなわち形

式的概念法学でなければならないだろう。というのも、形式的なものはまさに法の実践的に決定的な本質に属するからである。そして、この概念法学は、叙述のために、とりわけ教科書に相応しい、全体に向けられた叙述のために、法律的概念の体系を要求する。そして、その体系は法的命令のこの世界をほとんど指導することのない、法的関係の形式を構造的に秩序づける思想のもとへと強いるのである。すなわち、ヘックによって斥けられた（形式的）「転倒」は、法律学的体系性にとって無くてはならないものである。だからと言って、そのような概念法学すべてが、法律家の本質をなすものであるというわけではないが。それはとんでもない！ しかしそのような概念法学は、法律家が多数の法規を習熟する有力な道具である。教科書の第一の任務はそのような道具の取り扱いを教えることでなければならない。

我々の学問の仕方が変えられるべきであるならば、それはプログラムや単なる消極的な批判によってでは為されない。叙述は技芸 [Kunst] である。方法についての、技芸の規則についての論争は、ほとんど価値を持ってはいない。行い [Werk] だけが力である。「利益法学」の主張者は、事実によって自らがより良い技芸者であることを示してもらいたい！ それだけが実際に我々の学問の支援をもたらすことができるのである。

- 1) Jahrbuch der Bodenreform von Damaschke Bd. 4, 1908.

訳者解説

19世紀後半から20世紀初頭のドイツにおいて生じた法学方法論争は、いわゆる「概念法学」を巡る論争であったと理解される。この論争においては、概念法学を支持する立場とそれを批判する二つの立場があった。一つは「利益法学」であり、もう一つは「自由法学派」である。

本翻訳は、「概念法学」を支持するルドルフ・ゾームとそれを批判する「利益法学」の代表者であるフィリップ・ヘックが、「ドイツ法律家新聞」で為された「概念法学」を巡る論争の3つの小論文を取り上げたものである。

本翻訳の解説にあたって、両者の論争を、①概念法学観、②法規の欠缺補充の方法、③法学の任務という三つの論点に絞って整理する。

① 概念法学観 ゾームによれば、我々は法律概念で思考し、そしてそれで語る（第1論文 Sp. 1021. 本誌 12 頁。）。要するに、それは「法律的思考」と呼ばれるもので、「法規の中で生き続けている概念を把握することによって法規の世界を意のままにすること、そしてこれらの概念から、あらゆる事件のために、直接には法律に規律されていない事件のためにも法を創造すること」である（第1論文 Sp. 1022. 本誌 13 頁。）。ゾームは、そのような法学を概念法学とも呼んでいる（第1論文 Sp. 1021. 本誌 12 頁。）。ところで、概念法学の利点は、ゾームによれば、途方もない多数の法規を比較的わずかな簡潔な定式で言い表すことによって法内容全体を理性的に支配することができる点（第1論文 Sp. 1021. 本誌 12 頁：第3論文 Sp. 114, 117. 本誌 18, 20 頁）、法の発展において変わりうるものと変わらないものを一瞥で見通す能力を与える点などにあるとする（第1論文 Sp. 1021. 本誌 12-13 頁。：第3論文 Sp. 117. 本誌 20 頁。）。さらにゾームは、法律概念を用いるのは「叙述の形式」としてであり、それはずっと以前から法学の教科書で推察されるとしている（第1論文, Sp. 1021. 本誌 12 頁。）。ゾームにおいて、叙述の形式は、法規の内容を規定せずに、むしろただその内容を把握し、[それを]支配するのに役立つものと考えられている（第3論文 Sp. 114. 本誌 18 頁。）。それに対して、ヘックは、概念を用いるのは学問として当然であり、「概念法学」という名称は、法学の中でも特殊な法的取り扱い方を示しており、それは「諸法規の統合によって実際に成立した一般的命令概念をそれらの基

礎として取り扱う法律学」と理解している（第 2 論文 Sp. 1458. 本誌 15 頁）。ヘックは、この法的取扱いを「転倒法」と名づけ（第 2 論文 Sp. 1458. 本誌 16 頁）、そこに根本的な害悪を見るのである。すなわち、この転倒法は、概念から法規を導き出すことから、法と生活上の利益との関係が覆い隠されてしまうという点、法律学が生活から離反してしまう点などにその欠点を見るのである（第 2 論文 Sp. 1459-1460. 本誌 17 頁）。しかし、ゾームは、この批判に対して、我々は歴史法学の土台の上に立っているのであるから、法規は歴史的事実、すなわち、実際の要求の産出物であることを拙著『法学提要』においても主張していると反論する（第 3 論文 Sp. 114. 本誌 18 頁）。

② 法規の欠缺補充方法 ゾームによれば、法的概念は、法規に欠缺がある場合に、どのように補充するかを示唆を与えられると考えている（第 1 論文 Sp. 1021. 本誌 13 頁）。すなわち、法的生活の個々の現象をある種の概念のもとに整序したと同時に、その概念とともに与えられた全数量が、この個々の具体的事件の明らかになると述べている（第 1 論文 Sp. 1021. 本誌 13 頁）。それに対して、ヘックによれば、法の欠缺の正しい補充は、目的概念の形成、〔すなわち、〕実定法規から取り出され、また利益衡量的場合にもちられる価値判断の形成によって行われるとする（第 2 論文 Sp. 1460. 本誌 16 頁）。

③ 法学の任務 ②の論点を受けて、ゾームは、裸の利益法学、単なる利益衡量だけでは法学とはなり得ないと考えている（第 1 論文 Sp. 1022. 本誌 13 頁）。すなわち、ゾームによれば、『利益側面』、単なる実践的（国民経済

学的）考察は、我々に到達すべき目標だけを解き明かす」ものであり、「法秩序は、本質的に、それがあつた特定の目標の決められた形式で成し遂げるもの」であり（第 3 論文 Sp. 116. 本誌 20 頁）、したがって、法学の主要な任務は、実践的に必要なものが満たされるところの形式が叙述されなければならないとする（第 3 論文 Sp. 117. 本誌 20 頁）。要するに、ゾームは法の内容を規定するのは、利益衡量、ないしは利益研究であると理解しているが、法としての形式を付与するものが法学であり、概念法学であると考えている。したがって、ゾームにおいては利益研究と概念法学は相対立するものではなく、相互補充の関係にあると考えられている（第 3 論文 Sp. 117. 本誌 20 頁）。しかしながら、相互補充の関係にあつたとしても、ゾームにおいては、裸の利益研究が法学における主導権を握ることはなく、法学は、依然として概念法学が第一のものであり続けるのである（第 1 論文 Sp. 1023. 本誌 13 頁。：第 3 論文 Sp. 117. 本誌 20 頁）。それを踏まえて、法学教育は、大学入学後の最初のわずかな学期で法の全体像を見渡す教科書を用いて学生を訓練しなければならないとゾームは考えている（第 1 論文 Sp. 1023. 本誌 14 頁）。それに対して、ヘックは、若い法律家の最初の段階で、法と生活上の利益との関係を注意させ、それらの関係を覆い隠すような仕方では講義も教科書も行われるべきではないと考えている（第 2 論文 Sp. 1461. 本誌 17-18 頁）。従って、両者の論争から見えてくるものは、まさに、法学教育とは何か、そしてそれに関連して教科書のあり方とは何かの論争と理解することができよう。